

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. SISTEMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E O MODELO BRASILEIRO

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Prof. Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas - CJUR da UFAL, Prof. da Escola Superior de Magistratura de Alagoas - ESMAL, Prof. da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Alagoas - FESMPA e Juiz Federal Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas

1. INTRODUÇÃO (IMPORTÂNCIA DO TEMA)

Cresce, no mundo moderno, a importância da jurisdição constitucional. Decorre do fato mesmo de ter-se admitido, desde a insuperável contribuição de Hans Kelsen, de que a constituição é a norma que serve de esteio a toda ordem normativa, ainda que tal formulação assentasse na concepção de uma norma fundamental correspondente aos pressupostos de que a constituição em vigor resultava da vontade da comunidade cujos destinos ela rege, verdadeiro imperativo categórico de Kant. Daí porque tem-se multiplicado o surgimento Tribunais Constitucionais, em que, como ocorre na Espanha, se considera como um órgão essencialmente diferente dos tribunais ordinários, pois tem por objeto de decisão as normas e não os casos concretos.¹

¹No Brasil, considera-se o STF como nosso Tribunal Constitucional, mas não se o tem como Corte distinta das demais, senão no que respeita à competência de ser o guardião-mor da Constituição, na forma do art. 102 da CF/88. Tampouco aprecia casos concretos, no julgamento dos recursos extraordinários – tal como acontece no recurso especial – os casos concretos, ou seja não repudia a matéria de fato. Nesse sentido, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, in "Recurso Extraordinário e Recurso Especial". RT. São Paulo. 1998, p. 97. A respeito do Tribunal constitucional espanhol, consulte-se Pablo Pérez Tremps, in "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 08.

De outro lado, o estudo da jurisdição constitucional e, mais precisamente, do controle de constitucionalidade das normas apresenta considerável importância quando se revela a tendência mundial de constitucionalizar-se os conflitos de interesse, na tentativa de realizar-se justiça na aplicação da norma.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DA GARANTIA

O Prof. Jorge Miranda, na obra que estreou nas letras jurídicas, chamou a atenção para o fato de que o controle de constitucionalidade das leis que conduz ao reconhecimento de inconstitucionalidade não deveria ser encarada numa perspectiva de invalidade, tão-somente. Antes, a inconstitucionalidade deve ser apercebida em função da garantia constitucional e a invalidade deve ser iluminada por essa garantia, advertindo:

"Situvar a inconstitucionalidade sob o ângulo da garantia das normas da Constituição significa leva até ao fim as suas conseqüências jurídicas, porquanto a invalidade é simples conseqüência lógico-jurídica, não é reacção autónoma do ordenamento (embora a reacção se explique pela invalidade). Por outra parte, validade e garantia prendem-se, na medida em que uma norma fundamento de validade de outras normas e de certos actos deve ser garantida de certa maneira, por exemplo, jurisdicionalmente, fundasse uma validade)".²

Transcreveu-se o escólio porque ele bem resume a necessidade do estudo do processo no âmbito da constituição.

3. SISTEMAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

3.1. Os grandes modelos

Como destacou Paulo Bonavides, o controle de constitucionalidade das leis resulta de um sistema centrado na concepção de constituição rígida em que se proceda uma distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Daí emerge a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído.³

²Cf. Jorge Miranda, *in* "Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade". Coimbra Ed. 1996, reimpressão, p. 14.

³Cf. "Curso de Direito Constitucional". Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, 7ª ed., 2ª tiragem, p. 267. Por essa razão, afirma-se que inexistia controle de constitucionalidade das leis na Constituição Imperial, de 1824, porque somente em parte era rígida, ao admitir, no art. 178: "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, atribuições respectivas dos poderes Politicos, aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas". Manteve-se a grafia da época.

Dentro desse sistema, exige-se para que uma lei tenha validade que se ajuste às normas constitucionais, numa espécie de compatibilidade vertical, estabelecendo-se, para isso, vários mecanismos, desde o processo legislativo destinado a examinar e a votar a lei. Como se sabe, entre nós, o projeto de lei é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara onde foi inicialmente apresentado, para um controle *a priori* de constitucionalidade, na forma da LC nº 95/98, prevista no parágrafo único do art. 59 da CF/88.

Apresentam-se como modelos dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, os seguintes:

1º - **Fiscalização política** - com origem na França, embora aplicado, também, nos países marxista-leninistas. Comporta duas espécies:

a) Fiscalização pelo próprio Parlamento – Não se refere aqui a uma fiscalização prévia, *a priori*, mas a um controle posterior à edição da norma, *a posteriori*, pois.

b) Fiscalização por órgão político especialmente constituído para esse fim, seja ou não ligado ao Parlamento.

2º - **Fiscalização judicial (*judicial review*)** também chamado modelo **judicialista** - com origem nos Estados Unidos, a partir do célebre precedente *Marbury X Madison*, em que pontificou o gênio de Marshall. Privilegia o interesse individual e, por isso, somente é exercido por via de exceção, isto é quando se defende o exercício de um direito e se alega ser inconstitucional uma lei. Cada um juiz exercita esse controle, individual e incidentemente.

Por isso Tocqueville, ao apreciá-lo, observou: *Su decisión no tiene outra finalidad que recaer sobre un interés individual La ley solo se vê prejudicada por azar*".⁴

3º - **Fiscalização judicial (processo de fiscalização abstrata)** - com origem na Áustria, é o exercido pelos Tribunais constitucionais, muito embora o Brasil tenha se aproximado muito desse modelo, em que o STF passou a exercer o papel do Tribunal Constitucional, sem ter - a rigor - essa configuração ou essa natureza.⁵

⁴O original não se encontra grifado. Cf. citação e transcrição na obra de Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, vertida para o espanhol sob o título *Los Tribunales Constitucionales* por Vicente Villacampa. Com prólogo e supervisão da edição espanhola de Marc Carrillo, Ed. Ariel, S. A. Barcelona, 1994, 1ª ed., p. 16.

⁵Com a ampliação da legitimação para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tanto por produção do ato normativo quanto por sua omissão, a criação da Ação Direta Declaratória de Constitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes assinalou que se fortaleceu a impressão de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro. Cf. "Jurisdição Constitucional", Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, 2ª ed. p. 78. Com a recente lei que regulamentou a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Lei nº 9.882/99, que regulamentou o § 1º do art. 102 da CF/88, o sistema de controle de normas, no Brasil, passou a adotar técnicas próprias do controle concentrado, em que a questão constitucional que envolva controvérsia sobre a correta interpretação de preceito fundamental sobre, como questão prejudicial constitucional, para o STF.

3.2. Estado de direito e o controle jurisdicional

Nos regimes políticos onde há uma democracia representativa e pluralista - como no Brasil, proclamado pelo art. 1º, V da CF/88 - o Estado de Direito é aprofundado pela presença de mecanismos jurisdicionais - difusos ou concentrados - de garantia de constitucionalidade, sendo, ainda, certo que nos países onde não existem esses regimes, sempre que tenha lugar para a criação ou proposta de criação desses mecanismos sem tem presente seguros sinais de mudança ou de transição.⁶

Nada obstante se tenha registrado a preocupação de que não se crie um "governo de juízes", ou pelo menos uma politização da justiça em lugar de uma judicialização da política⁷, somente se pode conceber o Estado, modernamente, como um estado constitucional, ainda que essa expressão somente tenha sido acolhida entre os publicistas mais recentemente.

Como explicou Gomes Canotilho, deve-se ao constitucionalismo ter procurado justificar um Estado somente quando submetido ao direito, quando fosse um Estado regido por leis e quando se apresentasse como um Estado sem confusão entre os poderes, para estruturar, em suas palavras, um Estado de qualidade, sendo estas as qualidades que fazia dele um Estado Constitucional. Para que isso acontecesse era indispensável que se revelasse como um Estado de Direito Democrático.⁸

Entre nós, Miguel Reale chamou a atenção do que denominou pressupostos do novo conceito de Estado de Direito. Enfatizou que a expressão Estado de Direito e a Estado Democrático de Direito, tal como utilizada pela CF/88, logo no art. 1º, não são sinônimas. Para o autor, essa expressão exige uma interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais que o consagram.

Há de considerar-se, então, que o conceito está condicionado à soberania nacional o que, em suas palavras, "... desde logo exclui a subordinação do povo e do Estado brasileiros a regras cogentes em virtude da pretensa globalização, de que tanto se fala, convertendo-a em paradigma por excelência do mundo contemporâneo". Ademais, há de considerar-se os outros dois elementos que também condicionam o conceito, nomeadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, este último elemento considerado pelo autor como "valor fonte" de todos os valores.⁹ Sob esse enfoque, deve-se considerar que as leis são validamente criadas quando se ajustam aos princípios constitucionais estabelecidos, pelo que se distingue, no controle de constitucionalidade, dos tipos de vícios: inconstitucionalidade forma e inconstitucionalidade material, a seguir examinados.

⁶Cf. Jorge Miranda, in "Manual de Direito Constitucional", tomo II - Constituição e Inconstitucionalidade, ob. cit., p. 387.

⁷Idem ibidem.

⁸Cf. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Livraria Almedina, Coimbra, 1998, 2ª ed., p. 87.

⁹Os grifos são do original. Cf. "O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias". Saraiva, São Paulo, 1999, 2ª ed. revista, p. 01/03.

a) Inconstitucionalidade formal

Esse vício ocorre quando, na criação de uma norma, não se obedece - em sua formulação - ao rito estabelecido pelo próprio texto constitucional. Na CF/88 se identificam pelo menos três tipos dessa ofensa: quando se edita uma lei ordinária e o texto constitucional exige, para a matéria, a via de lei complementar; quando, pelo contrário - o que se tem tornado mais comum no Brasil atual - o texto constitucional procede a denominada reserva de lei ordinária¹⁰, como acontece com o art. 150, I da CF/88 e pretende-se criar um tributo através de emenda constitucional (como se deu com EC nº 21/98, que pretendeu recriar a CPMF já extinta); ou, por fim, uma Casa do Congresso Nacional introduz alterações no projeto de lei que teve origem em outra Casa e este não retorna a ela para ser apreciado.¹¹

b) Inconstitucionalidade material

Muito embora Kelsen tenha sustentado que bastava para uma lei ser válida o haver seu processo de criação sido conforme a norma constitucional que, bem por isso, lhe é superior, tem-se defendido - com melhor razão - que a supremacia da constituição é uma supremacia material, pois "... a Constituição não é Constituição por ser obra de um poder constituintes; é o poder constituente que é poder constituinte por fazer a Constituição ...".¹²

Essa forma de controle é delicadíssima por envolver acentuado conteúdo político pois incide sobre o conteúdo mesmo da norma. Daqui a importância que tem para esse controle a observância dos princípios que regem a constituição, notadamente os que orientam o Estado Democrático de Direito, na forma exposto por Miguel Reale e que foi acima referida.¹³

Ambas as inconstitucionalidades se sujeitam ao controle que se exerce sobre esse vício, a depender do sistema adotado.

3.3. O sistema brasileiro

I - introdução

O primeiro modelo de controle de constitucionalidade das leis adotado pelo Brasil foi o controle difuso, por influência do constitucionalismo americano.¹⁴ Antes, no Império, quando vigia a constituição de 1824, não se adotara nenhum sistema de

¹⁰Sobre a reserva de lei, definida como as matérias que a Constituição Portuguesa reservou "... a cada um dos órgãos legislativos ...", cf. Manuel Afonso Vaz, in "Lei e Reserva da Lei (A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976)", Ed. Porto, 1996, 1ª reimpressão, p. 32.

¹¹Cf. Palhares Moreira Reis, in "O Controle de Constitucionalidade das Leis na constituição de 1998". Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, ano 29, nº 155. Jul/Set 1992, p. 154.

¹²Cf. Jorge Miranda, in "Manual de Direito Constitucional", Tomo II - Constituição e Inconstitucionalidade - ob. cit., p. 343.

¹³Sobre o elevado teor de politicidade do controle material das leis, cf. Paulo Bonavides, in "Curso de Direito Constitucional". São Paulo: Malheiros, 1998, 7ª ed., 2ª tiragem, p. 269.

¹⁴Cf. José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo: Malheiros, 1997, 13ª ed. revista e atualizada, p. 53.

controle de constitucionalidade de leis, até porque o texto constitucional havia sofrido substancial influência francesa, ao estabelecer, no art. 15, nºs 8 e 9 que competia ao Poder Legislativo "fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", bem como a ele cabia "a guarda da constituição".¹⁵

Sob esse aspecto, pois, o primeiro sistema de controle de constitucionalidade adotado entre nós, era o difuso ou por via de exceção.

Pouco a pouco, porém, foi-se introduzindo alterações nas constituições que se lhe seguiram no sentido de conformar-se o controle por via da ação, próprio do sistema concentrado, a ponto de reconhecer-se que em nosso país, hoje, coexistem os dois sistemas, já havendo quem afirme, como já destacado neste artigo, que em face das modificações mais recentes apresenta forte tendência de consagrar-se como este último modelo.¹⁶

Logo em seguida, por exemplo, a Constituição de 1934, embora mantivesse o mesmo sistema introduzido pela CF anterior, inovou com a ação direta interventiva - no art. 7º, I, a e b - e a regra de que só por maioria absoluta dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou Ato do Poder Público (art. 179).

Passou a dispor, mais ainda, sobre a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.¹⁷

O texto dessa constituição se referia à "declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal", instituindo, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes, "... uma fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos ..." pois condicionava a eficácia da lei interventiva, cuja competência para edição era unicamente do Senado Federal, na forma do art. 41, § 3º desse texto, à declaração de sua constitucionalidade pelo STF, na forma do art. 12, 2º da mesma CF.

Isso configurava, segundo Pedro Calmon que se cita, um sucedâneo do direito de veto, por atribuir-se ao STF o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, por via de consequência, a inconstitucionalidade da lei ou do ato estadual. A originalidade residia em que embora se tratasse da formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, o Poder Judiciário exercitava um exame puramente jurídico.¹⁸ A Emenda Constitucional nº 16 de 6.12.65 traria a próxima mudança, ao introduzir a ação direta de constitucionalidade e a Constituição de 1969 criaria uma nova ação direta interventiva.

¹⁵Cf. Gilmar Ferreira Mendes, in "Controle de Constitucionalidade (Aspectos jurídicos e políticos)", São Paulo: Saraiva, 1990, p. 169.

¹⁶A afirmação da existência dos dois sistemas, que importa reconhecer como o de um sistema misto, é de Paulo Bonavides, ob. cit., p. 239. A ênfase na tendência para o sistema abstrato é de Gilmar Ferreira Mendes, cf. "Jurisdição Constitucional", São Paulo: Saraiva, 1998, 2ª ed. p. 78.

¹⁷Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 54.

¹⁸Cf. "O Controle de Constitucionalidade", ob. cit. p. 176/177.

Finalmente, com a CF/88 se complementaria o sistema atual, com a inconstitucionalidade por omissão, na forma do art. 103, § 2º e, com a EC nº 3, de 17.03.93, a ação declaratória de constitucionalidade.¹⁹

II - O controle pela via incidental

a) Introdução

Embora não se tenha encontrado, nas notas do estudo realizado para elaboração deste artigo, nenhuma obra que se detivesse precisamente sobre a atuação do magistrado no controle de constitucionalidade por via incidental, considere que o assunto é de capital importância e me dediquei a elaborar um resumo dessa atuação, quando mais não fosse para auxiliar-me nas tarefas de magistrado que sou.

b) Atuação em respeito ao juiz de 1º grau

1º - Controle incidental

O juiz somente apreciará a eventual inconstitucionalidade de alguma lei quando houver a alegação por quaisquer das partes, no curso de determinado feito, de que o direito que alega ter resulta da inconstitucionalidade da lei que se quer aplicar àquela hipótese. Nisso consiste, em breve resumo, o controle de constitucionalidade por exceção, ou seja na alegação da defesa de pretensão direito.²⁰

No sistema difuso a que corresponde essa forma de controle, a alegação de possível inconstitucionalidade da lei é sempre uma questão incidental, que sequer se transforma numa questão prejudicial pois o juiz singular não se pronuncia sobre ela definitivamente, senão *incidenter tantum*. Daí a importância da distinção entre questão - tudo o que uma parte afirma e que a outra impugna, podendo ser questão de fato ou de direito e que o juiz deve apreciar, incidentalmente, para pronunciar-se sobre a questão principal que constitui o mérito ou o pedido mesmo. Em suma, o juiz irá se pronunciar acerca da existência ou não do alegado direito, ainda que, para reconhecê-lo, tenha que examinar, como um mero incidente, se a lei que o poderia impedir é ou não constitucional.

Portanto, nos termos do art. 469, III do CPC, ainda que apta a transformar-se em questão prejudicial, o juiz somente aprecia a alegada inconstitucionalidade incidentalmente. Essa decisão do juiz de 1º grau jamais poderia se revestir dos efeitos

¹⁹Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 54.

²⁰Nesse sentido, Paulo Bonavides, ob. cit., p. 272. O autor transcreve a citação de Madison *They ought never to give their opinion on a law, until it come before them*, que traduziu assim: "Nunca devem os juizes pronunciar-se acerca de uma lei, senão quando sobre ela se demandar perante eles". Cf. "Curso de Direito Constitucional", Malheiros, 7ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, 1998, p. 272 e nota 09 ao pé desta página. Creio, no entanto, que se deve distinguir: o juiz não deverá se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de uma norma senão quando a parte a alegar, na forma do escólio transcrito. No entanto, se o juiz for obrigado, para reconhecer um direito, examinar um texto de lei ou, mais precisamente, se esse exame se tornar indispensável ao deslinde da causa, o que configura uma questão prejudicial, terá forçosamente que enfrentá-la, de modo semelhante ao que ocorre no sistema italiano, em que se estabelece uma distinção entre prejudicialidade lógica e prejudicialidade jurídica e, no caso, prejudicialidade constitucional. Cf. Mauro Cappelletti, in *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*. Milano. Dott.A. Giuffrè Editore, 1972, p. 04 e s.

da coisa julgada material porque, não se admite, na questão suscitada perante o juiz do 1º grau, que ele se pronuncie definitivamente sobre a questão, como o exige o art. 470 do CPC.

2º - Presunção de constitucionalidade

O magistrado deverá examinar a questão partindo da premissa que a lei é constitucional. Trata-se de ato emanado do Poder Legislativo que, como já se referiu, é submetido, desde a apresentação do projeto, a um controle prévio da Comissão de Constituição e Justiça. Além disso, se sujeita a veto presidencial, o que constitui outra forma de controle prévio.

Por todas essas poderosas razões, a lei goza da presunção de legitimidade e, pois, de constitucionalidade.²¹

3º - O objeto da atuação é a recusa de aplicação da lei reputada inconstitucional, ao caso concreto.

Assinale-se, por oportuno, que o juiz se limita a afastar a incidência da norma ao caso concreto descabe ao juiz declarar que a lei é inconstitucional. Pelo contrário, afirmando que, por tudo que examinou, determinado dispositivo da lei não se ajusta a outro dispositivo da constituição, havendo entre eles uma incompatibilidade, o juiz afasta a incidência desse dispositivo constitucionalmente destoante no caso concreto.

Essa regra foi formulada pela primeira vez entre nós, no art. 13, § 1º da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal e que, por considerar ainda vigente nessa parte (e extensivo a todos os juízes brasileiro, tendo em vista que o Poder Jurisdicional é um Poder nacional e não estadual nem local), a transcrevi no apêndice da obra "Execução contra a Fazenda Pública - Regime do Precatório", Brasília Jurídica, 1999, cujo dispositivo se reproduz:

"§ 10 - Os juízes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a constituição".²²

Ambas as inconstitucionalidades se sujeitam ao controle que se exerce sobre esse vício, a depender do sistema adotado.

4º - Submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição

Evidente que o afastamento, pelo juiz, da incidência da norma no caso concreto, implica decisão contrária, em tese, ao interesse da União, do Estado ou do Município e, por força do art. 475, II do CPC, a sentença que a proclamar deve ser submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

²¹Cf. Palhares Moreira Reis, in "O Controle da Constitucionalidade das Leis na Constituição de 1988", Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 29, nº 115, jul/set 1992, p. 156.

²²Manteve-se a grafia da época e o original obviamente não está grifado. Cf. ob. cit., p. 174.

Nesses casos, o juiz determinará a remessa dos autos ao Tribunal para que ali se proceda o reexame necessário. Assinale-se a incorreção técnica da redação do Parágrafo Único do art. 475. Ali se menciona dever o juiz remeter o autos ao tribunal haja ou não apelação voluntária da parte vencida. Não há apelação obrigatória, logo tampouco há apelação voluntária. Todo recurso é voluntário. A remessa da sentença para reexame não é um recurso. O juiz não tem interesse de recorrer da própria sentença. Trata-se, tão somente, da remessa para que se proceda o reexame necessário.

5º - Recomendações de Carlos Maximiliano

Esse autor, que escreveu importante livro sobre a hermenêutica, considerado um clássico em nosso direito, procedeu algumas observações que, quando diga respeito ao juiz do 1º grau, transcrevo, por importantes:

- "a) O Tribunal ou o juiz de primeira instância não julgará inconstitucional um ato, senão em caso muito claro; em geral, deixará para os Tribunais mais altos o pronunciamento final;*
- b) só se decreta a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo, para decidir a questão sub judice;*
- c) sempre que possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida;*
- d) se apenas uma parte de um texto é inconstitucional, e é possível separá-lo ou diminuir a eficiência do todo para atingir os objetivos colimados pelo decreto ou lei ordinária, condene-se a parte somente;*
- e) não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se o Parlamento agiu por motivos inconstitucionais ou reprovados, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o Tribunal (ou o juiz de 1º grau, acrescento) não a condena;*
- f) Presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo. Só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável"²³*

c) Atuação em respeito ao procedimento no Tribunal

Embora o CPC não tenha trazido nenhuma norma em respeito ao procedimento do juiz em respeito ao controle de constitucionalidade das leis, fê-lo quanto ao procedimento no momento da apreciação do recurso ou mesmo do reexame necessário no Tribunal

²³Cf. Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, in "Comentários à Constituição Brasileira". Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, 4ª ed., vol. I, p. 153 e s.

Dedicou, para isso, todo o Capítulo II - Da Declaração de Inconstitucionalidade - que integra o Título IX - Do Processo Nos Tribunais.²⁴

Tentaremos um resumo desse procedimento, com ressaltos dos tópicos mais importantes:

I - A questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa

Descabe a arguição de inconstitucionalidade que diga respeito a ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público.²⁵

II - Oitiva, pelo relator, do Ministério Público para submeter-se a questão ao julgamento da turma ou da câmara

Como já se destacou, todo julgamento de questão acerca da constitucionalidade ou não de uma norma envolve interesse público. Daí porque se submete a sentença ao reexame necessário. Já no tribunal, o relator a quem tocar o reexame dará obrigatoriamente vistas ao MP e, após, submeterá a questão ao julgamento da turma ou da câmara a que pertença.

III - Apreciação da questão pelo plenário da turma ou câmara que poderá acatá-la ou rejeitá-la.

Na forma do art. 481, a Câmara ou Turma apreciará a questão e, se a rejeitar, o julgamento prosseguirá. Se a acatar, porém, isso é se entender-se que possivelmente existe a alegada inconstitucionalidade ela será submetida à apreciação do tribunal pleno.

Aqui há duas observações a fazer-se: primeira, que esse pronunciamento não é em respeito à inconstitucionalidade mesma como alegada, mas ao reconhecimento que se trata de uma questão prejudicial bem fundada; e, segunda, que se trata, a partir daí de uma questão prejudicial que terá de ser apreciada, não mais incidentalmente, mas *principaleiter* por força do art. 97 da CF/88.

Ao comentar o dispositivo, J. C. Barbosa Moreira observou que dentro dos limites em que caiba ao tribunal apreciar a questão prejudicial de inconstitucionalidade - ou seja nos limites estabelecidos pela turma ou câmara - a cognição do tribunal é plena, o que significa dizer que pode, inclusive, reapreciar o cabimento da apreciação da própria questão porque isso não ficará precluso.

Acrescentou, porém, que

²⁴A esse respeito, observou J. C. Barbosa Moreira que esse Capítulo II do CPC "... só contém a disciplina processual do controle de constitucionalidade exercido incidentalmente por órgãos colegiados que constituam frações de tribunais", pois, como acrescentou em seguida: "O controle incidental por juízo singular não reclama disciplina processual específica; e, se reclamasse, não seria num título com a rubrica "do processo nos tribunais" que ela encontraria sede própria". Os grifos são do original. Cf. "Comentários ao CPC", vol. V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 41.

²⁵Cf. Gilmar Ferreira Mendes, in "Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos", São Paulo: Saraiva, 1990, p. 204.

"... se o plenário aprecia por diversos fundamentos, já constantes ou não da arguição, a constitucionalidade da mesma lei ou do mesmo ato, os votos devem ser tomados e computados separadamente, em relação a cada fundamento. Para ter-se como declarada a inconstitucionalidade, é preciso que a maioria dos votantes a pronuncie no que tange, pelo menos, a um mesmo dos vários fundamentos. Se alguns dos votantes se pronunciam no sentido da inconstitucionalidade só pelo fundamento x, e outros só pelo fundamento y, não se podem somar os votos dos dois grupos para dar como atingida a maioria necessária à declaração".²⁶

Da decisão do Pleno dos Tribunais, na apreciação da questão prejudicial de inconstitucionalidade não cabem embargos infringentes, na forma da Súmula 293 do STJ e 455 do STF

Para J. E. Carreira Alvim, Juiz do TRF da 2ª Região e Prof. de Direito Processual Civil da PUC do Rio, esse procedimento, que corresponde a uma incidente de declaração de inconstitucionalidade, é uma "faca de dois gumes", pois " ... tanto pode agilizar, como atrasar os julgamentos dos processos em curso na Turmas ou na Seção do tribunal", mas acrescenta que o parágrafo único desse dispositivo, recentemente acrescentado pela Lei nº 9.756/98, veio resolver um problema que não deveria existir, mas que infelizmente existia.²⁷

Transcrevo o novo dispositivo:

"Parágrafo Único – os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando houve pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"

d) Atuação em respeito ao STF

Como se sabe, ainda que apreciada pelo Tribunal em decisão que conhece da questão *principaliter*, a causa volta à Seção ou turma do Tribunal para julgar a causa, já partindo do ponto de ser inconstitucional o dispositivo de lei impugnado. Deste julgamento, porém cabe recurso extraordinário para o STF, pelo que passo a resumir os pontos principais desse julgamento, também na via incidental, na nossa Suprema Corte.²⁸

²⁶Idem, p. 52/53. Os grifos são do original.

²⁷Cf. "Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade", in Revista Del Rey, nº 5, abril/1999, p. 21/22.

²⁸Ensina J. C. Barbosa Moreira: "Publicado o acórdão do tribunal pleno, restituem-se os autos ao órgão fracionário, ou comunica-se a este a decisão conforme o procedimento que se tenha seguido para submeter ao plenário a questão da inconstitucionalidade. Retornam-se, então, no órgão fracionário, con-soante rito adequado, o julgamento que fora suspenso". Cf. "Comentários ao CPC", ob. cit., p. 55.

I - Diferentemente do que estabelecia o antigo Regimento Interno do STF (art. 85 do RIST de 1940), não se apreciará a imprescindibilidade do exame da questão prejudicial de inconstitucionalidade. Agora, na forma do art. 176 do RISTF, basta que tenha sido argüída a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, para ela ser julgada em conformidade com dispostos nos arts. 172 a 174, ouvido o Procurador Geral;

II - Para esse julgamento, exige-se *quorum* de oito ministros (art. 143, P. Único do RISTF), somente podendo ser proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros (art. 173, *caput* c/c art. 143 do RISTF). No caso de ausência de ministros em número que possa influir no julgamento, suspende-se o julgamento, aguardando-se o comparecimento dos ausentes (art. 173, P. único do RISTF) ou se convocarão ministros do STJ para completá-las (art. 40 do RISTF);

III - Somente será declarada a inconstitucionalidade quando houver a maioria de seis votos (art. 173 c/c art. 174 do RISTF) e declarada esta, no todo ou em parte, será comunicada aos órgãos interessados (art. 103, § 2º da CF/88), remetendo-se cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, para fins do dispostos no art. 52, X da CF/88.²⁹

Para finalizar o exame do controle incidental, no Brasil, importa analisar o papel do Senado Federal

e) O papel do Senado Federal

Embora o Brasil tenha adotado o sistema americano, introduziu alguns ajustes no modelo, para adequá-lo à nossa realidade. Assim, para preservar o princípio da independência dos poderes estabeleceu a norma que, atualmente, vem disciplinada no atual art. 52, X da CF/88, atribuindo-se ao Senado Federal a competência para;

"... suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Na verdade, a expressão correta seria suspender a eficácia da norma que, embora declarada inconstitucional permanece no ordenamento jurídico.

No exercício dessa função, o Senado não reexamina o mérito da decisão, cabendo-lhe apenas verificar se foram atendidos os requisitos formais. C. A. Lúcio Bitencourt salienta que

"... o objetivo da suspensão é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer

²⁹Cf. Gilmar Ferreira Mendes, in "Controle de Constitucionalidade - Aspectos jurídicos e políticos", ob. cit., p. 206

*que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter 'suspensa a sua execução'.*³⁰

Nesse sentido, Michel Temer reconhece que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não tem o propósito de retirar a eficácia de ato normativo pois essa atribuição foi conferida ao Senado Federal na forma do mencionado art. 52, X, da CF/88, para concluir que, por essa via, há participação dos três poderes e da própria sociedade nessa atividade.

O Poder Executivo, por meio do Presidente da República, do Governador do Estado, do Procurador-Geral da República, o Legislativo ou a sociedade por intermédio do que dispõem o art. 103, VII, VIII e IX provocam a manifestação do Judiciário, representado pelo STF e o Legislativo, por intermédio do Senado Federal, lhe retira a eficácia ou lhe "suspende a execução".³¹

Essa função política do Senado Federal abrange não somente as leis federais como também as leis estaduais e municipais, estendo-se não só aos à lei ou decreto senão também que às várias modalidades normativas.³²

Tal dispositivo apresenta, porém, algumas questões contro-versas que merecem examinadas.

Tem-se, em primeiro lugar, que a atuação do Senado Federal corresponde a um mecanismo destinado a atribuir generalidade à declaração de inconstitucionalidade. Como se viu, trata-se de um controle incidental, cujos efeitos são limitados às partes em cujo processo ela foi suscitada. Assim, a "suspensão da execução" pelo Senado atribui a essa norma o reconhecimento, agora já *erga omnes* da inconstitucionalidade da norma.

Estabelecida essa premissa, passemos às questões:

f) Questões controversas

1ª - Eficácia do ato do Senado

A discussão diz respeito à dimensão do ato do Senado que suspende a execução da lei ou, mais precisamente, suspende-lhe a eficácia. Teria efeito retroativo, no sentido de que a norma declarada inconstitucional deixaria de produzir efeitos desde a edição?

Gilmar Ferreira Mendes resume a controvérsia, ao referir que Themístocles Cavalcante sustentou que tal suspensão equivale à retirada de eficácia da lei desde a sua efetivação e não desde a edição da lei, "... não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência", postura que foi seguida por Bandeira de Mello, para

³⁰Apud "A Constituição na Visão dos Tribunais - Interpretação e Julgados artigo por artigo", obra editada pelo TRF da 1ª Região, cit., p. 548.

³¹Cf. "Elementos de Direito Constitucional", São Paulo: Malheiros, 1999, 15ª ed. ampliada, 47/48.

³²Cf. Gilmar Ferreira Mendes, in "Controle de constitucionalidade ...", ob. cit., p. 216

quem tal suspensão equivaleria à revogação da lei, com efeitos *ex nunc*, pelo que deveriam ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas.

Esse entendimento doutrinário - ainda segundo o mesmo autor - parece colidir com as premissas básicas da declaração de inconstitucionalidade por via incidental no direito brasileiro, remontando a Rui Barbosa, para quem a pronúncia de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*.³³

Parece-me, no entanto, que de acordo com o pensamento de José Afonso da Silva, que assenta em doutrina anteriormente elaborada por Themístocles Cavalcante, a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental jamais admite entre nós efeitos tão radicais, pelo que não importa, por si só, a ineficácia da lei. Ensina, então, que se deve considerar dois aspectos distintos. No que respeita ao caso concreto - mais precisamente à hipótese sobre a qual se exerceu o controle incidental de constitucionalidade da lei - a declaração produz efeitos *ex tunc*, mas a lei continua eficaz e aplicável até que o Senado lhe retira a eficácia.

Daí em diante, porém, produz efeitos *ex nunc*.³⁴

2º - Obrigatoriedade de o Senado suspender a eficácia ou "suspender a execução" da norma declarada inconstitucional.

Também se discutiu se o Senado estava obrigado a, tão logo houvesse sido decretada a inconstitucionalidade da lei, proceder-lhe a suspensão da execução.

O próprio STF reconheceu, no entanto, que não havia essa obrigatoriedade, por voto do Min. Victor Nunes Leal³⁵

3º - Possibilidade de o STF reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional

Segundo análise de Gilmar Ferreira Mendes - autor que seguimos nessas breves notas - assim como o Senado não está obrigado a "suspender a execução" da lei declarada inconstitucional o STF também não está impedido de reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional por ele próprio, com a observação, que me parece contraditória, de que isso poderá acontecer " ... mesmo após a regular comunicação ao Senado", embora acrescente que " ... a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante".³⁶

³³Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *in* "Controle de Constitucionalidade ...", ob. cit., p. 207 e s.

³⁴Cf. "Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo: Malheiros, 1997, 13ª revista e atualizada nos termos da Reforma constitucional

³⁵No MS nº 16.512, segundo RTJ, 38(1):23. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *in* "Controle de Constitucionalidade ...", ob. cit., p. 215.

³⁶Idem *ibidem* p. 216.